

attraverso il contratto di lavoro - in funzione di un vantaggio speculativo ottenibile attraverso ulteriori rapporti di scambio.

Con una ricaduta che non appare secondaria.

Come si è già rilevato, la subordinazione che è tutt'uno con la speculazione sul lavoro altrui è la subordinazione nell'impresa. Non solo perché l'agenzia di somministrazione può essere costituita esclusivamente in forma di impresa, ma soprattutto perché l'esistenza di un preminente interesse speculativo è ciò che contrassegna l'affitto di lavoro altrui e che lo rende difficilmente configurabile a prescindere da esso ⁽¹¹⁶⁾. Si ripropone pertanto la distinzione tra lavoro subordinato nell'impresa e lavoro subordinato nei rapporti «non inerenti all'esercizio di un'impresa» (art. 2239 c.c.); una distinzione che è nel sistema del codice, ma che è divenuta estranea al comune sentire degli interpreti ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Pur se la legge prende in considerazioni anche le ipotesi marginali in cui può darsi assenza dello scopo di lucro: cfr. *retro* nota n. 15 e testo corrispondente. L'utile tratto dalla attività di messa a disposizione del lavoro è l'oggetto esclusivo dell'interesse del datore di lavoro nella somministrazione (mentre l'utilità concreta della prestazione è oggetto dell'interesse dell'utilizzatore: art. 20, 2° co.) e tale caratteristica differenzia quest'ultima dal distacco, che - a mente dell'art. 30 - deve essere caratterizzato da uno ulteriore e specifico interesse "di tipo tecnico e produttivistico" del datore di lavoro, ovvero dal "perseguimento di obiettivi organizzativi" od anche dallo "specifico interesse alla prestazione di tipo economico o produttivo": cfr., nell'ordine, ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, in GHEZZI, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, cit., sub art. 30, p. 181; ZOLI, *Distacco*, cit., pp. 333 e s.

⁽¹¹⁷⁾ L'elaborazione concettuale su cui si fonda, in materia di subordinazione, la disciplina del libro quinto del codice civile è frutto di una salda e risalente tradizione: vedi, per tutti, CASANOVA, *Natura e varietà del contratto di lavoro*, in *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1935, pp. 71 e ss.; GRECO, *op. cit.*, 53 e ss. (ivi, in specie, pp. 58 e s.); per la complementare visione di L. Barassi cfr. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, cit., pp. 8 e s. Tale ordine di idee, nel quale il lavoro subordinato nell'impresa non si identifica senza residui con la locazione di opere e con il lavoro non autonomo, ha pieno riscontro nella dottrina che opera dopo la codificazione del 1942 (cfr. RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, pp. 38 e ss.), anche se nell'ambiente culturale di quegli anni il tratto caratterizzante l'impresa commerciale viene sempre più individuato nel dato anodino dell'organizzazione e quest'ultima può essere a sua volta vista come connotato di ogni datore di lavoro (cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Scritti giuridici in onore di Ludovico Barassi*, in *Jus*, 1943, pp. 219 e s.). Nella cultura dei giuslavoristi, la nozione di impresa finisce così per coincidere con l'organizzazione del lavoro altrui ed a dissolversi nella nozione di datore di lavoro: così, per tutti, GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Gior. dir. lav. rel ind.*, 1979, p. 46; anche se la realtà dell'attività imprenditoriale costringe talora a separare arbitrariamente la considerazione delle relazioni di scambio con i terzi (caratterizzate dalla ricerca dell'utile, ma insufficienti a inquadrare la disciplina giuslavoristica) da quelle con i lavoratori dipendenti (caratterizzate dal dato organizzativo): cfr. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 112; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pp. 73 e s.

DIRITTO PRIVATO EUROPEO

UBALDO PERFETTI

Il diritto privato europeo: aspetti problematici ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. Diritto privato europeizzato e diritto privato europeo. Significato dei termini e rassegna delle principali prospettive problematiche. - 2. Europeizzazione del diritto privato nazionale e sottrazione di ambiti di sovranità. Effetti sull'unità del sistema. Le fughe in avanti del legislatore nazionale e l'armonizzazione minima. - 3. (segue) ... e la forza pervasiva dei nuovi modelli anche oltre il limite loro proprio. Rilettura in chiave europea di principi e regole nazionali. In particolare, buona fede, nuovo approccio al tema della *sanctity of contract* e controllo della giustizia materiale del contratto. - 4. Il dibattito innestato dalla *Schuldrechtsmodernisierung* in Germania e lo sviluppo di una dogmatica conforme al diritto comunitario. - 5. Europeizzazione del diritto privato nazionale e fenomeni opposti, in senso centrifugo rispetto all'armonizzazione. Il problema del diritto privato regionale. - 6. Diritto privato europeo come *corpus* sopranazionale e la ricerca di un sostrato culturale comune. Il diritto romano come possibile teoria generale del diritto privato europeo. - 7. I valori indivisibili ed universali, costituzionalizzati in sede europea, come tavola di valori comuni costituenti un nucleo di identità sopranazionale. La funzione della Costituzione europea come fonte di un diritto privato europeo. - 8. L'idea di un codice civile europeo e le difficoltà. La lingua, la contrapposizione tra sistemi di *common* e di *civil law*, le nazionalità, il principio di sussidiarietà. - 9. Il dibattito sul codice come riflesso del contrasto tra due opposti modelli normativi, di impronta individualista e solidarista. Le varie soluzioni a proposito di una codificazione europea. - 10. La fonte normativa legittimante la codificazione. La cittadinanza. - 11. I *Principles of European Contract Law* come base possibile di una codificazione. - 12. Conclusioni.

1. - Giova chiarire, sin da subito, che cosa intendiamo per *diritto privato europeo*.

Perimetrare l'area del diritto privato *tout court* è normalmente in funzione del regolamento di confini con quella del diritto pubblico; a questo

⁽¹⁾ Il saggio riproduce, con l'aggiunta dell'apparato di note e con alcune modifiche, la relazione tenuta l'8 luglio 2004 a Roma al VI seminario sul diritto privato europeo organizzato dal Consiglio Nazionale Forense, dalla Fondazione dell'Avvocatura italiana e dall'Università di Roma *La Sapienza* su *Diritto pubblico e Diritto privato nella formazione del mercato unico europeo*.

scopo, oltre che all'interesse, particolare, o, rispettivamente, generale che la regola è diretta a realizzare, occorre volgere l'attenzione al suo ambito di incidenza ed al fatto se la disciplina ed il perfezionamento della fattispecie dipendono dall'*accordo*, piuttosto che dall'*auctoritas*. Cosicché, nel dominio del diritto privato verranno attratte tutte le regole di disciplina dell'attività intersoggettiva dei privati ed altresì dell'attività di questi nei rapporti con lo Stato (o l'ente pubblico), quando lo Stato agisca *jure privatorum* (2).

Simile criterio ordinante può essere mantenuto fermo anche trascorrendo dal campo del diritto privato nazionale a quello comunitario pur se - è bene precisarlo - la dialettica che l'impianto di quest'ultimo enuncia è principalmente espressione della dinamica di regolazione di rapporti tra le istituzioni e tra queste e gli Stati membri, onde non è dato distinguere, all'interno di tale sistema ed a differenza che in quello statale, un complesso di rapporti verticali tra autorità ed amministrati e di rapporti orizzontali tra soggetti privati (3); pertanto, va accolto l'avviso di intendere le partizioni tradizionali in questa materia in modo lato.

(2) Sull'interesse, generale per le norme del diritto pubblico, particolare per quelle del diritto privato, come sostanziale criterio ordinante di una distinzione tra diritto privato e pubblico, v. per tutti RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1994, 6. Tuttavia, oltre quanto osservato nel testo relativamente ai casi nei quali interessi generali possono rappresentare lo scopo di un'azione statutale modulata con ricorso a regolamenti di diritto privato (per un rilievo di questo tipo ed il rinvio, pertanto, al criterio della distinzione tra *accordo* ed *auctoritas*, v. per tutti GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2003, 12) va osservato che i contorni di una distinzione fondata sul tipo di interesse rischiano di sfumare quando si valuti come taluni interessi generali vengono assunti, soprattutto di recente, a base di discipline chiaramente del diritto privato, come è il caso di quelli che fanno capo ai consumatori, o a soggetti appartenenti a categorie professionali. Un interesse particolare diviene in tal modo generale: per questa prospettiva, v. F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato, Le nozioni generali. I soggetti*, I, Milano, 2003, 30 ed in precedenza BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 83 e 84. Per questa dottrina, premesso che anche il diritto privato conosce il fenomeno delle autorità quale potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni, esse (autorità) rimangono sempre private se esprimono posizioni del diritto comune dei beni e delle persone e cioè posizioni che ineriscono a comuni rapporti giuridici e spettano in generale ai consociati in quanto partecipi di tali rapporti (BIANCA, *Le autorità private* cit. 87); per converso il diritto pubblico è il diritto dei rapporti autoritari speciali e cioè di quei rapporti nei quali un soggetto esplica una speciale posizione di supremazia, riconosciuta allo stato ed altri altri enti costituiti per la realizzazione di finalità di interesse generale (BIANCA, op. cit. 92).

(3) L'osservazione è di TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XXVI, t. 1, Torino, 2000, XI e XII.

Il discorso si fa, invece, meno scontato se si vuole assegnare un significato all'aggettivo *europeo*.

Tra i primi, ALPA ha avvisato (4), da un lato, della complessità di una definizione del sintagma *diritto privato europeo*, che può essere assunto in un'accezione *debole*, per designare regole che nei paesi europei sono considerate appartenenti al *diritto privato* del singolo paese, ed in un'accezione *forte* in cui la qualificazione è collegata all'azione dell'Unione europea e, dall'altro lato, della possibilità che tutti questi significati abbiano una doppia faccia a seconda che il loro contenuto sia il prodotto di un'analisi che muove dall'interno, oppure dall'esterno del fenomeno indagato (5).

Tra molteplici significati, due vengono in rilievo come più idonei a conformare le direttrici dell'analisi perché corrispondono ad altrettante articolazioni all'interno del processo di sviluppo del diritto privato europeo, espressioni di una sua tendenza all'evoluzione, da un lato, verso un diritto privato comune a più ordinamenti giuridici e, dall'altro, verso un diritto privato comunitario (6).

Pertanto, di diritto privato europeo si può discorrere, dapprima e come osservato da MICKLITZ (7), a) alla stregua di diritto privato *europeizzato*,

(4) ALPA, *Problemi e prospettive del diritto privato europeo*, in *Diritto privato europeo, fonti ed effetti*, materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002, raccolti da ALPA e DANOVÌ, in *Rassegna Forense, Quaderni*, n. 13, Milano, 2004, 9 segg.; ID., *Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, II, 16 segg.

(5) Al riguardo si segnalano, tra le accezioni più accreditate: a) quella con la quale si allude alle regole del diritto comunitario che riguardano i singoli privati ed i rapporti tra privati, nonché gli istituti di diritto privato applicati dagli o agli organi dell'Unione europea (con ciò alludendosi alle regole contenute nei Trattati e nelle altre fonti del diritto comunitario con cui sono disciplinati gli istituti e di rapporti definibili come appartenenti all'area del diritto privato); b) quella che rimanda al complesso di regole presenti nell'ordinamento di un paese membro dell'Unione di derivazione comunitaria e cioè provenienti da regolamenti, quelle attuative di direttive recepite, le regole introdotte dalla direttive non recepite e pur tuttavia sufficientemente dettagliate e precise al punto da istituire diritti e pretese azionabili in capo ai singoli; c) quella con cui si allude al complesso delle tradizioni e valori ritenuti comuni alla cultura giuridica europea che hanno dato luogo alle costituzioni ed ai principi costituzionali sui quali riposa la stessa Unione; d) quella che addita modelli normativi nuovi in cui convergano le diverse esperienze che fanno parte dell'Unione europea: ALPA, *Diritto privato europeo* etc. cit., 17 a 19.

(6) L'osservazione è di SCANNICCHIO, *Mercato comune, mercato unico e tecniche di integrazione del diritto privato in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, 416.

(7) MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in *Il Codice civile europeo*, materiali dei seminari 1999-2000, a cura di G. ALPA e E.N. BUCCICO, in *Rassegna forense, Quaderni*, n. 5, Milano, 2001, 316-317.

di un diritto privato nazionale, cioè, parzialmente sottratto alla competenza del legislatore nazionale ed influenzato dai principi e dalle regole *europée*; successivamente b) come espressione che allude ad un possibile diritto privato sopranazionale che, a differenza del primo, non è il riflesso di un fenomeno in atto, bensì individua solo una prospettiva (8).

Nel senso di un diritto privato comune a più ordinamenti giuridici, *européizzare* significa sottrarre agli stati membri dell'Unione fette di sovranità nazionale in ambito di diritto privato; il fenomeno è stato plasticamente descritto come quello della creazione di *isole* nel mare del diritto privato nazionale (9).

In rapporto a questo primo significato, la prospettiva problematica che si delinea sta in ciò che l'*européizzazione* spesso introduce nel corpo del diritto privato nazionale elementi di *eccentricità sistematica* dato che il punto di osservazione del legislatore comunitario, cui quello nazionale si conforma, è condizionato da una logica funzionale di tutela del mercato e della concorrenza (10) che non è quella stessa, o non è solo, o sempre, quella del diritto privato nazionale, maggiormente sensibile alla *socialità* delle regole. Di qui la possibile rottura della tendenziale unità sistematica e fenomeni di tensione tra parti del diritto nazionale incise e parti non incise dal processo di *européizzazione* che legittimano il quesito se e, nell'affermativa, in che misura debba essere permesso agli stati membri di conservare un ordinamento privatistico non *européizzato* e deve essere possibile preservare i valori nazionali contro l'ingerenza regolamentare europea. In questa direzione, il principio della ricezione *minimale* delle direttive può rappresentare un criterio di soluzione, non privo - come si vedrà - di controindicazioni.

(8) MASI, *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, materiali dei seminari 2001, a cura di ALPA e BUCCICO, in *Rassegna forense, Quaderni*, n. 10, Milano, 2002, X.

(9) L'immagine, di RITTNER (*Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration*, JZ, 1995, 849), è ripresa da MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo*, etc. cit. 316 e nota 27.

(10) Anche se un cambio di prospettiva pare delinearsi a seguito della ricezione della Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 2000 nella parte II del testo costituzionale europeo di recente approvazione, il cui preambolo (secondo comma) declina i valori indivisibili ed universali sui cui si fonda l'Unione in quelli della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà e denuncia l'intento programmatico dell'Unione di porre la *persona* al centro della sua azione. Il che, come poi vedremo, consentirebbe di assumere la *socialità* tra i formanti del futuro diritto privato *europeo*, oltre alla logica funzionale della tutela della concorrenza e del mercato.

Inteso come diritto privato sopranazionale, vengono in considerazione problemi relativi, per prima cosa, alla stessa possibilità di dar vita ad un diritto privato europeo *universale*, atto a regolamentare i rapporti intersoggettivi tra privati localizzati in un'area geografica denominata Europa; ciò, soprattutto perché se si resta fedeli all'idea che il diritto privato è lo specchio dell'identità culturale di una nazione, occorre domandarsi se preesista, o sia invece necessario creare, un'identità culturale europea. Se essa preesiste, bisogna capire qual è lo strumento idoneo ad enuclearla ed in questa prospettiva si collocano quelle tendenze che privilegiano l'indagine storico-comparatistica e guardano al diritto romano come sostrato culturale comune a più culture giuridiche europee. Se essa non preesiste, o non è facile enuclearla, è d'uopo verificare se, abbandonando la prospettiva di un diritto privato specchio della cultura nazionale, è possibile crearlo in modo, per così dire, artificiale, con la produzione di norme costituzionali e d'altro tipo che costituiscano una tavola di valori condivisi. Correlati sono i problemi delle stesse basi costituzionali di un diritto privato europeo (11), dell'opportunità e della stessa possibilità di dare vita ad un codice civile europeo, del ruolo che in questa dimensione possono svolgere la Carta dei diritti fondamentali, emanata a Nizza nel 2000 ed ora confluita, come parte II, nella Costituzione europea di recente approvazione, nonché quest'ultima.

2. - Osservando dalla prospettiva dell'*européizzazione* del diritto privato, è stato detto (12) che il frammentario diritto privato europeo ed i generali ordinamenti privatistici nazionali, sono portatori di divergenti modelli di tutela e principi guida, da cui deriva un potenziale di tensione che pone a rischio l'unitarietà degli ordinamenti privatistici nazionali in conseguenza dell'inserimento in essi di corpi estranei dai quali non si può desumere, apparentemente, alcun sistema.

Micklitz ha descritto questo fenomeno come idoneo a determinare una divaricazione tra modelli di giustizia, se non persino di intere culture giuridiche; emblematica sarebbe l'analisi del diritto dei consumatori. Da un punto di vista nazionale, esso è un diritto di protezione ed esplica, alla luce della giustificazione ideologicamente offerta dal principio di solidarietà (art. 2 Cost.), la tutela dello stato sociale nei confronti di una parte ri-

(11) Sull'argomento, v. di recente ZENO-ZENCOVICH, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 19 segg.

(12) MICKLITZ, *op. cit.*, 357.

tenuta debole. Diversamente, il diritto europeo dei consumatori pone in primo piano, non l'esigenza di protezione, ma quella di conformare il mercato interno alla logica dell'abbattimento degli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di un unico spazio di scambio, ove la concorrenza abbia modo di esplicarsi in condizioni di parità; strumentale a ciò è, allora, la creazione di standard unitari di diritto dei consumatori che pongono questi ultimi in grado di sfruttare attivamente le nuove libertà richiedendo merci e servizi anche al di là dei confini nazionali⁽¹³⁾. È del resto ovvio che alla creazione di un ambiente concorrenziale, caratterizzato da condizioni di tendenziale parità, è coesistente che produzione ed allocazione di beni e servizi scentino pressoché gli stessi costi impliciti, o *transattivi*, che siano espressione della necessità di informazione e protezione del consumatore, col risultato che l'una e l'altra devono improntarsi ad una disciplina minimale comune.

La sottrazione di fette di sovranità nazionale e le tensioni conseguenti all'innesto di regole e principi eccentrici rispetto al sistema interno, possono contare, a mò di strumento difensivo contro l'invasione del legislatore comunitario, sul carattere minimale delle direttive. Senonché, anche il metodo della ricezione minimale non è senza controindicazioni, come osservato dalla Commissione europea nel piano d'azione pubblicato il 15 marzo 2003 per una maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo⁽¹⁴⁾; si è infatti rilevato che la frammentazione del diritto contrattuale interno e l'asistematicità che l'*europizzazione* può produrre, pone al legislatore nazionale il dilemma se attuare le direttive aventi un campo di applicazione limitato in modo da comportare un adattamento del sistema giuridico nazionale più ampio di quello effettivamente previsto dalla misura comunitaria, oppure in modo che ne risulti un puro e semplice recepimento, accettando di sopportare le inevitabili incoerenze col sistema giuridico nazionale⁽¹⁵⁾.

Taluno ha rilevato un fenomeno del primo tipo, definito come di *fuga in avanti* del legislatore italiano, a proposito della legislazione di derivazione comunitaria sui temi della giustizia contrattuale; si è osservato che

⁽¹³⁾ MICKLITZ, *op. cit.*, 320 segg.

⁽¹⁴⁾ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio avente ad oggetto *maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo, un piano d'azione*, in G.U.C.E. 15.3.2003, C 63/1. La comunicazione raccoglie gli esiti della consultazione avviata dalla medesima Commissione con la Comunicazione del luglio 2001 sul modo di affrontare a livello europeo i problemi derivanti dalle divergenze tra i diritti contrattuali dell'Unione.

⁽¹⁵⁾ Il dato è espresso nel § 22 della Comunicazione cit.

nell'attuare le direttive europee ci si spinge oltre quanto strettamente necessario, con la conseguenza che il controllo, ad esempio, dell'equilibrio economico e normativo del contratto, tende progressivamente ad espandersi a prescindere dallo *status* dei contraenti, superando le barriere soggettive presenti nella disciplina dei contratti del consumatore⁽¹⁶⁾.

Un secondo punto di criticità indotto dal principio dell'armonizzazione minima è poi rilevabile sul piano del raccordo tra le legislazioni degli stati membri.

Sempre nella citata Comunicazione, la Commissione ha dovuto prendere atto che questo principio, applicato nella legislazione a tutela del consumatore, non ha realizzato l'uniformità di soluzioni per situazioni analoghe, come invece richiesto dal mercato. Gli esempi riguardano le differenze tra stati membri nella fissazione dei termini per il recesso nel quadro delle direttive sulle vendite porta a porta, sulla multiproprietà, sulle vendite a distanza, o nella determinazione delle soglie finanziarie in sede di recepimento della direttiva sulle vendite porta a porta, oppure nei concetti utilizzati in occasione del recepimento dell'allegato alla direttiva sulle clausole abusive, valutato talvolta come *black list*, talvolta come lista grigia a carattere indicativo⁽¹⁷⁾.

3. - È dato poi osservare un ulteriore e distinto fenomeno, pure esso in diretta relazione con questo processo di *europizzazione* del diritto privato e cioè che i principi sottesi alla normativa di origine comunitaria inseriti nel corpo del diritto privato nazionale, tendono ad espandersi anche al di là dei limiti inizialmente loro assegnati, ovvero contribuiscono ad eccitare il risveglio, o la rilettura in chiave diversa, di principi ed istituti del diritto privato interno; tutto ciò, non quale conseguenza delle accennate *fughe in avanti* del legislatore, bensì dell'opera della dottrina ed in parte della giurisprudenza.

L'epifania di questo fenomeno è l'attuale e sempre più corposa tendenza a giustificare un controllo autoritativo del contenuto del contratto di cui sia parte un contraente *debole* in funzione di assicurarne la giustizia materiale.

La premessa da cui si muove è che il principio della tutela della parte *debole* e la connessa possibilità di controllo dell'assetto contrattuale squi-

⁽¹⁶⁾ ROPPO, intervento al convegno genovese su *Il contratto nell'Unione europea*, nella sintesi del pensiero effettuata da BARCA, *Contratti*, 2003, 852.

⁽¹⁷⁾ Il rilievo si legge al § 24 della Comunicazione cit.

librato, ispira larga parte della legislazione privatistica di origine comunitaria; basti pensare, esemplificativamente (e senza intenzione di completezza), ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali (d.l. 15.1.1992, n. 50), alla regolamentazione del credito al consumo (d. leg.vo 1.9.1993, n. 385), al contratto turistico (d. leg.vo 17.3.1995, n. 111), alla tutela del consumatore (artt. 1469 bis a *sexies* c.c.), all'attuazione della direttiva 2000/35/CE per la lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali (d. leg.vo 9.10.2002, n. 231) il cui art. 7) sanziona con la nullità il patto sulla data di pagamento quando risulti gravemente iniquo in danno del creditore.

Orbene, sull'assunto - dapprima - che un generale principio di impronta comunitaria concernente la protezione della parte debole costituisca, seppur recepito in ambiti settoriali del diritto privato nazionale, espressione di una regola oramai di ampia portata, trascendente gli angusti limiti della disciplina di matrice comunitaria da cui è giustificata e sulla scorta - poi - della concorrente osservazione che ciò impone un cambio di prospettiva nell'affrontare, sul piano più generale, il tema della *sanctity of contract*, una parte della dottrina tende - ad esempio - a leggere il divieto di abuso di dipendenza economica introdotto dall'art. 9 della legge n. 192 del 1998 sulla subfornitura - normativa che, seppur indirettamente, denuncia una lontana matrice comunitaria - come destinato ad operare, non soltanto entro l'ambito specifico dei rapporti di subfornitura, ma con riguardo ad ogni contratto tra imprese⁽¹⁸⁾, e dipana da ciò l'ulteriore conseguenza per cui tutto questo sarebbe conferma dell'utilizzabilità dello strumento della buona fede oggettiva in chiave di controllo della *giustizia materiale* del contratto, a conferma di talune opinioni già presenti tempo fa nella dottrina italiana e definite, perciò, lungimiranti⁽¹⁹⁾.

Questa progressiva *europaizzazione* del diritto privato genera, pertanto, non solo un suo ancoraggio, nelle parti investite dalla legislazione di radice comunitaria, a modelli, concetti, principi diversi da quelli consolidati nella tradizione domestica, ma anche una tensione con i settori finitimi non direttamente interessati, verso i quali si dirige la forza espansiva e pervasiva del nuovo modello.

⁽¹⁸⁾ È la tesi di fondo di PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica, profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, 11 ed ivi nota 5, con ulteriore indicazione della dottrina.

⁽¹⁹⁾ PROSPERI, *Il contratto di subfornitura* etc. cit., 397 e nota 89, ove l'indicazione della dottrina.

4. - Il fenomeno, ovviamente, non è solo italiano. Reiner Schulze, dando conto del dibattito innestato dalla *Schuldrechtsmodernisierung*, la legge tedesca sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 26 novembre 2001 ed esaminandone il rapporto col diritto comunitario, ha osservato che ciò che prima era considerato un fattore di un certo disturbo per l'autonomo sviluppo del diritto privato tedesco e la sua unità sistematica, è ora divenuto una sorta di *persuasive authority* tale da indirizzare verso l'una, o l'altra, soluzione giuridica⁽²⁰⁾; in particolare, il dibattito dottrinario sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni non ha creato nuovi strumenti argomentativi, ma fatto emergere, portandoli alla luce, quelli già esistenti ed in questo modo di procedere la compatibilità con le regole elaborate a livello internazionale e le tendenze evolutive europee hanno svolto la funzione di parametro per saggiare la bontà e l'efficacia delle soluzioni giuridiche adottate nel diritto privato tedesco⁽²¹⁾. Tendenza attiva anche dopo l'entrata in vigore della *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sub specie* della necessità di uno sviluppo della *dogmatica conforme al diritto comunitario*⁽²²⁾.

A questo punto, il possibile significato negativo correlato all'iniziale osservazione di un' *europaizzazione* del diritto privato che genera una legislazione per *isole* e che innesta possibili dosi di *disarmonia sistematica*, si scolora e si stempera in quella successiva di una progressiva e naturale tendenza del sistema a ripensare i suoi fondamenti, alla ricerca di nuovi e più avanzati equilibri in funzione di un tentativo di *riadattamento sistematico*, quale reazione all'innesto delle nuove regole. Processo il quale è interno ed esterno: interno, se la ricerca di una diversa unità sistematica raccolta attorno a nuovi principi unificanti, o al ripensamento, in chiave diversa, di quelli preesistenti, è fenomeno che viene osservato con riguardo al parametro del diritto privato interno; esterno, se si riflette - conformemente a quanto osservato da Micklitz - sul fatto che proprio in questi frammenti di regolamentazione di matrice europea sono insiti principi giuridici i quali, se non necessariamente sintonici con le tradizionali regole degli ordinamenti privatistici, lasciano trasparire, tuttavia, i contorni di

⁽²⁰⁾ SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 63.

⁽²¹⁾ SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, cit. loc. cit.

⁽²²⁾ SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, cit., 64.

un possibile diritto contrattuale europeo, com'è il caso, per esempio, della buona fede di cui alla direttiva 93/13 per la quale si cerca di operare una concretizzazione a livello europeo ⁽²³⁾.

5. - Tutto ciò non impedisce di notare, altresì, come il processo di armonizzazione e di *europizzazione* del diritto privato appaia, talvolta, non lineare e come presenti alcune ombre; ne sono esempi le manifestazioni di legislazione interna protesa in direzione opposta all'armonizzazione e quindi rivolta *in senso centrifugo rispetto alla costruzione di una casa comune* ⁽²⁴⁾.

Un pericolo di tal genere, anche se di matrice diversa, comunque in grado di minacciare l'armonizzazione, si è temuto che potesse concretizzarsi per effetto di una modifica costituzionale; l'allarme è stato lanciato ⁽²⁵⁾ a seguito della progettata e poi attuata riforma del titolo V della Costituzione (legge costituzionale 18.10.2002, n. 3) che nel riformulato art. 117 attribuisce allo Stato le materie di legislazione esclusiva ivi elencate (2° comma), indica quelle di legislazione concorrente con le Regioni, rispetto alle quali la potestà legislativa spetta a queste ultime salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata allo Stato (3° comma), ed infine, capovolgendo il previgente criterio, stabilisce che spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato (4° comma). Il problema nasce dal fatto che il 2° comma, alla lett. 1), assegna allo Stato la legislazione esclusiva, tra l'altro, nella materia dell'*ordinamento civile*: assumere questa locuzione come sinonimo, oppure no, di *diritto privato*, significa approdare ad opposte conclusioni circa il se dell'avocazione all'unica competenza legislativa statale, della normazione in materia di diritto privato.

È il noto problema della configurabilità di un *diritto privato regionale* già presente alla dottrina ancor prima della riformulazione dell'art. 117 Cost. ⁽²⁶⁾ a proposito del quale è corposa l'opinione secondo la quale, an-

che dopo la riforma, non può essere accettata un'interpretazione della locuzione *ordinamento civile* come escludente una competenza legislativa regionale nella disciplina dei rapporti tra privati, strutturandosi il limite del 2° comma, lett. 1), cit. come espressivo della sola necessità di assicurare un livello di uniformità disciplinare nel regolamento dei rapporti privatistici, funzione del pari godimento ed osservanza dei diritti e dei limiti espressi dagli artt. 2 e 3 Cost. ⁽²⁷⁾. Secondo questa opinione, il testo costituzionale lascerebbe intatta la potestà legislativa regionale negli ambiti materiali riconosciuti di competenza delle Regioni, purché la differenziazione corrisponda al principio di ragionevolezza che vale a soddisfare quello di uguaglianza ⁽²⁸⁾.

In questo quadro, la preoccupazione era che si operasse in un sistema caratterizzato da una sorta di *schizofrenia* per cui, da un lato, sussiste la tendenza all'omologazione dei rapporti privatistici a livello europeo, dall'altro, vi è un rischio di frantumazione indotto dalla configurabilità di un diritto privato regionale.

Alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della corte Costituzionale successiva a quei rilievi, pare di poter attenuare la preoccupazione. La recente sentenza n. 359 del 19.12.2003 della corte Costituzionale ⁽²⁹⁾ nel dichiarare l'illegittimità della legge della Regione Lazio n. 16 dell'11.7.2002 sul *mobbing*, ha sostanzialmente ritenuto che la disciplina dei rapporti tra datori di lavoro e lavoratori è di diritto privato e pertanto rien-

stesso A., sul punto, *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, IV, 619 segg.

⁽²⁷⁾ LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia ordinamento civile di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 2001, 1343 segg.

⁽²⁸⁾ LAMARQUE, *La materia etc.* cit. 1355. Il recinto operativo del *diritto privato regionale* sarebbe marcato dal limite esterno (insuperabile) costituito da tutte le materie e discipline incise, o conformate, dalle disposizioni costituzionali afferenti ai principi fondamentali ed ai rapporti civili (artt. 2 e 3), dai diritti della personalità e di libertà, dalla capacità giuridica, dal diritto al nome, dalla cittadinanza, dalle regole e disposizioni concernenti la nascita, la morte, l'embrione, le parti del corpo, il diritto di difesa, l'autonomia privata, l'organizzazione imprenditoriale, i modi di acquisto e di godimento della proprietà, la successione *mortis causa*, nonché le regole, i principi e la giurisprudenza del diritto comunitario o di diritto domestico di derivazione comunitaria, cosicché, alla fine, il diritto privato regionale potrebbe riguardare le vicende locali, usi e consuetudini e tutte le ipotesi di conformazione della proprietà che non infrangano gli istituti ed i principi generali; per questa sistemazione, v. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contratto e impresa*, 2002, 605 e 606.

⁽²⁹⁾ In *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2004, 19 segg. con nota di ANGIOLINI (*Ordinamento civile e competenza regionale*).

⁽²³⁾ MICKLITZ, op. cit. 347 e nota 130.

⁽²⁴⁾ L'osservazione è di TAMPONI, *Diritto privato europeo: le contraddizioni del legislatore nazionale*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, cit., 245, il quale cita, come esempio di questo processo in direzione centrifuga, la legge 7.12.2000, n. 383, il d. leg.vo 18.5.2001, n. 228, la legge 24.3.2001, n. 89.

⁽²⁵⁾ Da Lipari: v. LIPARI, *Introduzione*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, cit., XII e XIV. L'opinione dell'A. ha poi avuto modo di esprimersi con compiutezza nel saggio dal titolo *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, apparso in *Giurisprudenza italiana*, 2003, IV, 619 segg.

⁽²⁶⁾ ALPA, *Diritto privato e legislazione regionale*, in *Impresa e ambiente*, 1979, 219. Dello

trante pienamente nella competenza legislativa esclusiva dello Stato sull'*ordinamento civile* ⁽³⁰⁾; onde, in rapporto al caso all'esame, restava preclusa alla Regione, sia l'individuazione giuridica della fattispecie *mobbing*, sia la costruzione di una fattispecie risarcitoria.

La sentenza, per quel che interessa specificamente il presente tema, testimonia anche della vigilanza della corte in ordine alla possibile proliferazione di discipline territorialmente differenziate quale ostacolo all'*europeizzazione* del diritto privato; una parte della motivazione di incostituzionalità si incentra, infatti, sul rilievo che con la risoluzione del Parlamento europeo n. AS-0283/2001 del 21.9.2001, avente ad oggetto il *mobbing sul posto di lavoro*, la Commissione europea è stata esortata ad elaborare una direttiva quadro come strumento giuridico per combattere il fenomeno; per cui, osserva la corte Costituzionale, *gli stessi atti comunitari (...) portano ad escludere che esso (mobbing: N.d.R.), nei suoi aspetti generali e per quanto riguarda i principi fondamentali possa essere oggetto di discipline territorialmente differenziate.*

6. - Assumendo, ora, quale punto di osservazione quello di un diritto privato europeo inteso come *corpus* universale, o insieme organizzato di norme sopranazionali, o - il che è lo stesso - di un diritto privato *territorializzato* non più in rapporto ai confini nazionali del singolo paese, ma a quelli europei, osservare che ciò corrisponde ad una prospettiva più che ad un fenomeno in atto, obbliga a considerare, per prima cosa, quale ne sia la dose di concretezza.

⁽³⁰⁾ Su questa premessa, la critica della corte si appunta sul fatto che l'art. 2 di quella legge, ai commi 1° e 2°, contiene, rispettivamente, una definizione del *mobbing* ed un'esemplificazione di fattispecie in cui esso può concretarsi e così facendo il *legislatore regionale ha ritenuto (...) di poter fornire autonomamente la nozione giuridica di un fenomeno che, già individuato da altre branche delle scienze sociali, non è tuttavia ignorato nel nostro ordinamento statale pur non essendo ancora emerso come oggetto di una disciplina specifica*; mentre l'esame delle esemplificazioni contenute nel 2° comma, rende agevole constatare che alcune di esse costituiscono ipotesi tipiche di violazioni di obblighi del datore di lavoro (quale il demansionamento). Infine, la legge regionale prende in considerazione le conseguenze dei comportamenti sotto il profilo del danno subito dal lavoratore e quindi come elemento di fattispecie risarcitorie. Alla luce di questa sentenza pare trovare conferma l'opinione di Lipari secondo il quale, nella sostanza, l'indirizzo della corte Costituzionale - al di là di talune ambiguità - denuncia una sua linearità nell'individuare un limite specifico alla potestà legislativa delle Regioni in materia di rapporti intersoggettivi di natura privata in funzione dell'esigenza, connessa al principio costituzionale di uguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti tra privati: LIPARI, *Il diritto privato* etc. cit., 622.

Quando si parta dalla constatazione che il diritto privato è genuinamente nazionale ed in esso si rispecchia l'identità culturale di una nazione ⁽³¹⁾, è giocoforza domandarsi se l'assunto vale anche per un possibile diritto privato europeo; la risposta positiva impegna a capire di quale identità culturale esso dovrebbe costituire lo specchio e perciò se ne esista una europea. L'alternativa è pensare ad un diritto privato europeo formato, per così dire, a tavolino, trascorrendo dall'idea di specchio di un'identità culturale nazionale, a quella di riflesso di principi e regole, universalmente condivisi, tuttavia elaborati da istituzioni sopranazionali.

Nella prima prospettiva, il diritto privato europeo deve corrispondere, necessariamente, ad una sorta di entità già esistente e latente nella coscienza giuridica dei popoli, strutturata su un insieme di valori trasversalmente comuni a più culture giuridiche nazionali; il compito del giurista diviene quello di ricercare le radici di questo sistema culturale comune, individuarne le sintonie, attualizzarle, tradurre il tutto nel risultato di un diritto spendibile, nonché in grado di dare risposte coerenti ed armoniche, pur nella pluralità delle specificità nazionali.

Un simile sforzo culturale, si dice, non può essere compiutamente realizzato e l'entità latente portata alla luce, se non si ricorre all'aiuto di una scienza giuridica colta ⁽³²⁾ che fa dell'analisi storica e della comparazione le sue cinghie di trasmissione, in grado di coordinare gli elementi delle comune tradizione storica con quelli originati dalle problematiche più attuali « (...) *ricostituendo quello che Savigny chiama il rapporto vitale che lega il presente al passato e si può aggiungere sulla scia di van Caenegem, il passato al futuro* » ⁽³³⁾.

Nel quadro della individuazione e ricerca di un sostrato comune da porre a fondamento del diritto privato europeo e pertanto della rivalutazione dell'indagine comparatistica e di quella giuridica in prospettiva storica, va segnalata la particolare tendenza ad additare il diritto romano come denominatore comune ai singoli sistemi giuridici nazionali moderni, testimone del fatto che questi non si sarebbero sviluppati in modo autonomo ed isolato, avendo esso costituito, al contrario, la base di una comune cultura giuridica europea; cosicché, proprio il diritto romano potrebbe oggi servire come sottostante teoria generale del diritto privato eu-

⁽³¹⁾ MICKLITZ, op. cit. 319.

⁽³²⁾ VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 63.

⁽³³⁾ VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, cit. loc. ult. cit.

ropeo⁽³⁴⁾ e la sua attualizzazione si presterebbe alla ricerca delle radici di un diritto privato europeo e di una comune identità giuridica europea⁽³⁵⁾.

Non tutti, ovviamente, sono d'accordo su questa presunta comune *Western legal tradition*; invero, uno sforzo di attualizzazione di tal tipo non terrebbe nel debito conto che il nesso tra romanistica e politiche normative di stampo individualista, sorde ad esigenze solidariste, è in controtendenza rispetto al solidarismo che è un formante essenziale del tessuto connettivo delle costituzioni democratiche europee⁽³⁶⁾.

7. - Un contributo all'unità dell'ordinamento potrebbe essere offerta da una Costituzione e da un codice comuni.

In questa direzione ed aprendosi ad una più generale prospettiva relativa alle possibili fonti di un diritto privato europeo, appaiono di particolare importanza sia il patto costituzionale europeo di recente approvazione, sia la Carta europea dei diritti fondamentali, approvata a Nizza ed oggi confluita nello stesso testo costituzionale come parte seconda.

I diritti fondamentali già affermati nella Carta ed ora inseriti nella citata parte II del testo costituzionale, potrebbero rappresentare un nucleo forte attorno al quale costruire, o dal quale estrarre, il senso primo di un'identità europea basata su una tavola di valori condivisa⁽³⁷⁾; essi, definiti

⁽³⁴⁾ ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Rivista del diritto civile*, 2001, I, 762-763. Nella stessa direzione v. anche GIARRO, *Comparemus! Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2001, 539 segg.

⁽³⁵⁾ Addita questo fenomeno, tra gli altri, ALPA, nella sintesi del suo intervento al convegno genovese su *Il contratto nell'Unione europea*, riportata da BARCA, *Contratti*, 2003, 846. Ad esempio, un principio latente comune del diritto europeo dei contratti sarebbe quello della vincolatività degli accordi basati sul solo consenso informale; principio riconosciuto in tutti i sistemi europei occidentali e corrispondente ad una caratteristica romana e non romana allo stesso tempo in quanto diritto romano coperto di vestiti moderni: ZIMMERMANN, *Roman Law and European Legal Unity*, in HARTKAMP, *Towards a European Civil Code*, London, 1994, 72 cit. da SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, in *Diritto privato europeo, fonti ed effetti*, cit. 56 e nota 47.

⁽³⁶⁾ SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, in *Diritto privato europeo, fonti ed effetti*, cit. 56.

⁽³⁷⁾ Dalla solenne proclamazione dei quali è stato escluso, come si sa, il riferimento alle comuni radici cristiane anche se, come osservato da Augusto Barbera nella prefazione ad un recente saggio di WEILER³⁸, *Le radici cristiane non riguardano solo i valori spirituali dell'Europa, ma anche, ad esempio, la concreta esperienza giuridica del diritto comune i cui principi, alimentati dal diritto romano e dal diritto canonico, a Salamanca come a Bologna, a Montpellier come ad Oxford, hanno lasciato tracce in tanta parte degli ordinamenti europei e sono parte inte-*

indivisibili ed universali, sono individuati nel preambolo della parte II della Costituzione, come quelli della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà. L'articolazione successiva di ciascuno di essi, addita principi e diritti fondamentali quali, ad esempio⁽³⁸⁾, il diritto alla dignità umana (II-61), alla vita (II-62) all'integrità della persona (II-63), alla libertà e alla sicurezza (II-66), al rispetto della vita privata e familiare (II-67), alla protezione dei dati personali (II-68), di sposarsi e costituire una famiglia (II-69), di pensiero, coscienza e religione (II-70), di espressione ed informazione (II-71), di riunione ed associazione (II-72), all'istruzione (II-74), al lavoro (II-75), di libertà di impresa (II-76), di proprietà (II-77), a non essere discriminati per qualsiasi dato differenziale, comprese le tendenze sessuali (II-81), alla parità tra uomo e donna (II-83), i diritti del minore (II-84) e degli anziani (II-85), quelli dei consumatori (II-98), i diritti collegati alla cittadinanza. Nell'ambito, poi, delle disposizioni generali dettate per l'interpretazione e l'applicazione della Carta dei diritti, un posto a sé è stato riservato, al principio di proporzionalità (II-114)⁽³⁹⁾, oltre che al divieto di abuso del diritto (II-114).

grante delle tradizioni comuni dell'Europa: BARBERA, *Prefazione* a WEILER, *Un'Europa cristiana, un saggio esplorativo*, Milano, 2003, 13 ss. 120.

⁽³⁸⁾ Per un catalogo dei diritti fondamentali prima della loro inclusione nel testo costituzionale, v. ZENO-ZENCOVICH, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 19 segg. Sulla Carta europea dei diritti fondamentali, in generale, v. BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di) *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001 e, di recente, Vettori, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 669 segg.

⁽³⁹⁾ A proposito del quale è stato osservato un significato cambio di prospettiva dato che il principio viene ora esteso agli Stati anche con riferimento al campo del diritto privato, con la conseguenza che non è più solo utilizzato per temperare l'invadenza del potere pubblico a tutela di un proprio interesse, bensì per far prevalere una situazione privata su un'altra: V. ZENO-ZENCOVICH, *Le basi costituzionali*, etc. cit., 24. Di recente, sul principio di proporzionalità e sulla possibilità di un suo impiego nella direzione del controllo, anche in ambito nazionale, della *giustizia materiale del contratto* v. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2001, spec. 336-337; PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, ivi, 2000, spec. 560-563; CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2003, secondo cui il richiamo alla fonte legale contenuto nell'art. 1374 c.c. ha un autonomo valore normativo che rende senz'altro operanti anche fonti non richiamate ed esterne alla codificazione o alla legislazione statale e, quindi, le fonti comunitarie ed i loro principi, tra cui appunto quello di proporzionalità (CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, cit., 133). CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, secondo il quale l'incidenza del principio di proporzionalità si manifestereb-

È stato rilevato che l'insieme dei diritti sopra enumerati, ponendo la persona al centro dell'azione comunitaria⁽⁴⁰⁾, conferisce alla Carta (ed ora al testo costituzionale) una forte connotazione *sociale*, non controbilanciata da una valorizzazione dell'iniziativa economica⁽⁴¹⁾, col risultato di un conformazione del futuro diritto privato come dominato da interessi generali, o comunque funzionalizzato ad essi.

Prima dell'approvazione del Trattato costituzionale e della confluenza in esso della Carta dei diritti fondamentali, si era posto il problema dei rapporti tra i due strumenti, osservandosi che nella realtà delle cose ed al di là delle dichiarazioni dei suoi proponenti, volte a conferire alla Carta il ruolo di documento ad esclusiva valenza politica, esso - nell'applicazione fattane dai giudici della corte di Giustizia e da qualche giudice nazionale -

be anche nella disciplina del patto commissorio e porrebbe in dubbio la congruità e legittimità della sanzione della nullità delineando l'opportunità di spostarla dal piano qualitativo a quello quantitativo facendo cioè operare un meccanismo di riequilibrio in analogia con lo schema del patto marciano (CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano* cit. 195 e 196); CASUCCI, *Sistema proporzionale e principi di proporzionalità*, Napoli, 2000, che comunque avvisa della difficoltà di condurre il dibattito sul principio di proporzionalità nell'alveo del diritto civile (v. prefazione anche se, alla fine, la soluzione è rintracciata nel prendere atto, da un lato, dell'appartenenza del principio al diritto comunitario e, dall'altro, della necessità di un'ottica di unitarietà del sistema che renderebbe incompatibili tutte quelle disposizioni del diritto interno le quali, senza violarne le regole, non si uniformano al principio (CASUCCI, *Sistema proporzionale e principi di proporzionalità*, cit. 363 e 364). In generale, sul canone di proporzionalità quale principio generale del diritto comunitario v. Corte di giustizia 19 novembre 1998, causa 150/94 in Foro it. Rep. 1998, *Unione europea* (voce), 673. Sul punto v. con riferimento alla giurisprudenza nazionale Consiglio di Stato, sezione VI, 1 aprile 2000, n. 1885, in Foro it. 2001, III, 71 segg. secondo il quale, avendo la Corte di giustizia applicato il principio sia per valutare l'intervento del legislatore nazionale, sia con riguardo ad atti nazionali, esso è divenuto un principio generale del diritto comunitario che si « (...) risolve nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore (cioè sproporzionata) a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo (cioè adeguato all'obiettivo da perseguire) e necessario (nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile). V. anche Consiglio di Stato, sezione IV, 18 ottobre 2002, n. 5714, in Il Consiglio di Stato, 2002, I, 2263.

(40) VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati* etc. cit., 670. In effetti, che la persona sia ora posta in primo piano si evince - come già abbiamo notato - dall'espressa e solenne enunciazione contenuta nel secondo comma del preambolo della parte II del testo costituzionale ove è detto che *L'Unione (...) pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.*

(41) ZENO-ZENCOVICH, *Le basi costituzionali*, etc. cit., 28.

aveva assunto valenza giuridica, dando vita ad un fenomeno di *costituzione materiale* di livello comunitario in cui, per dirla con Alpa, la Carta funge da tavola dei valori e da quadro dei principi generali⁽⁴²⁾ o, come osservato da Vettori, da strumento di ricerca di valori *unitivi*⁽⁴³⁾.

Su questa possibile importante funzione della Costituzione alla stregua di nuovo paradigma del diritto privato europeo, è stata richiamata l'attenzione facendosi notare come la logica funzionale che ispira gli interventi comunitari e che individua nel mercato la sua ragione, è inidonea, proprio in quanto tale, a giustificare (e quindi a porsi come fonte di legittimazione di) interventi di ampio respiro in grado di produrre un'unificazione di largo raggio; ciò, proprio per la premessa che la condiziona e che, dunque, limita la sua capacità d'azione a quei soli settori ed ambiti nei quali l'intervento appaia strumento dell'eliminazione delle barriere all'esplicitarsi libero della concorrenza e di un mercato unico.

Si è anche osservato che pur ammessa l'esistenza di principi comuni di diritto privato trasversalmente propri a più culture privatistiche nazionali, ciò non assicurerebbe, di per sé, una base costitutiva adeguata tenendo presente la diversità di concretizzazione regolamentare che ciascun ordinamento riserva a detti principi⁽⁴⁴⁾.

In buona sostanza, la realizzazione di uno *jus commune europaeum* dipenderebbe, essenzialmente, dall'uniformità interpretativa dei principi comuni e la Costituzione europea fornirebbe la fonte suprema di legittimazione per quest'opera di armonizzazione interpretativa. Se i cittadini dell'Unione godono degli stessi diritti fondamentali e sono protetti dagli stessi principi costituzionali - è stato osservato - devono godere degli stessi livelli di protezione per questi diritti e principi sicché, in tal senso, la Costituzione rappresenterebbe la fonte ed il motore di un diritto privato europeo costituzionalizzato⁽⁴⁵⁾.

8. - Altro nodo sensibile di un discorso per l'elaborazione di una prospettiva concreta di diritto privato europeo, è quello concernente la possibilità di individuarne il modo di manifestazione in un codice civile europeo.

(42) ALPA, *Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2003, II, 20.

(43) VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati* etc. cit., 671.

(44) CIACCHI, *La costituzione europea come fonte e motore del diritto privato europeo: alcune osservazioni*, in *Diritto privato europeo, fonti ed effetti*, cit. 119 e 120.

(45) CIACCHI, *La costituzione europea come fonte e motore del diritto privato europeo* etc. cit. loc. ult. cit.

L'analisi può compendiarsi nella risposta ai tre quesiti posti da Basedow⁽⁴⁶⁾ e cioè:

- a) perché il diritto privato europeo dovrebbe essere codificato e se la codificazione abbia ancora un senso;
- b) se la Comunità abbia il potere di realizzare una codificazione e quindi quali ne siano le possibili basi giuridiche;
- c) come dovrebbe essere un codice civile europeo.

Tra i maggiori sostenitori dell'idea di una codificazione è senz'altro il Parlamento europeo che, rispondendo alla comunicazione inviata nel luglio 2001 dalla Commissione, ha sottolineato, con una risoluzione del novembre 2001, la sua propensione a favorire, guidare e stimolare un'opera di compilazione-codificazione europea in materia civile e commerciale, di cui è stata persino dettata l'agenda temporale sino al 2010⁽⁴⁷⁾. Soluzione questa già prefigurata dallo stesso Parlamento con la precedente risoluzione del 26.5.1989 in cui si chiedeva l'avvio di lavori preparatori per la creazione di un codice europeo comune del diritto privato⁽⁴⁸⁾.

Sempre nell'ambito del processo di consultazione avviato dalla Commissione europea nel luglio del 2001 con la pubblicazione della Comunicazione sul diritto contrattuale europeo, anche il Comitato economico e sociale ha ribadito, nel luglio del 2002⁽⁴⁹⁾, la necessità di risolvere il problema a livello generale con la creazione di un diritto contrattuale europeo uniforme, da adottarsi con regolamento.

La risposta positiva alla domanda se sia opportuna e raccomandabile una codificazione, nasce dalla considerazione dei vantaggi che essa assicura sul piano dell'unitarietà del quadro giuridico e della sistematicità del pensiero che racchiude⁽⁵⁰⁾.

In particolare, il valore aggiunto di qualsiasi codificazione e quindi anche di una europea, è proprio nella sistematicità che essa assicura, nota essendo la funzione di razionalizzazione unificante dell'esperienza giuridica propria dei concetti sistematici⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁶⁾ BASEDOW, *La codificazione del diritto privato nell'Unione europea: la creazione di un ibrido?*, in *Il Codice civile europeo*, cit., 168.

⁽⁴⁷⁾ Il dato è evidenziato da L. MOCCIA, *La prospettiva della cittadinanza dell'Unione come base giuridica per una codificazione europea di diritto privato*, in *Diritto privato europeo, fonti ed effetti*, cit., 125.

⁽⁴⁸⁾ Parlamento europeo, doc. A2-157/89, *G.U.C.E.* 26.6.1989, NC 158/400.

⁽⁴⁹⁾ Parere del Comitato economico e sociale ECOSOC INT/117 in *G.U.C.E.* C 241 del 7.10.2002, 1.

⁽⁵⁰⁾ BASEDOW, *La codificazione del diritto privato nell'Unione europea*, etc. cit. 179.

⁽⁵¹⁾ MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* in *Rivista critica del diritto privato*, 1992, 516.

Sono altrettanto evidenti, tuttavia, le difficoltà che una codificazione a livello europeo delinea, tra queste, la diversità delle lingue. Se è impraticabile, come osservato da Mengoni, l'idea di assegnare all'inglese la stessa funzione in passato svolta dal latino, perché la sua adozione come lingua comune dei giuristi europei era fondata sul generale riconoscimento del diritto romano come canone di legalità del pensiero giuridico⁽⁵²⁾ e questa funzione non è oggi assolta dal sistema inglese, il problema appare ulteriormente aggravato se se ne fa una questione culturale e costituzionale insieme, osservando, come fa qualche giurista francese, che non esiste una lingua europea e che la legge francese non può altro che essere figlia della lingua francese in quanto il codice proviene dalla lingua della cultura⁽⁵³⁾; Habermas ci ha insegnato, in effetti, che, il linguaggio è tradizione culturale⁽⁵⁴⁾.

Si registra, invece, una tendenza a considerare non insuperabile l'ostacolo rappresentato dalla diversità dei sistemi di *common law* rispetto a quelli di *civil law*⁽⁵⁵⁾ e se in questa direzione si è segnalata l'esistenza di un *common core* e di somiglianze⁽⁵⁶⁾, molto persuasive appaiono le considerazioni di chi ha avvisato che il problema non può essere affrontato in astratto partendo dal preconcetto dell'assoluta incompatibilità⁽⁵⁷⁾.

È vero, infatti, che il sistema di *common law* rifiuta l'idea di codice assunta nei sistemi di *civil law*, ma le cose non starebbero allo stesso modo se si potesse mano ad una formulazione di regole generali organizzate logicamente a sistema; regole generali non escluse in via assoluta dall'esperienza giuridica di *common law* avuto riguardo, ad esempio, alla modalità di realizzazione de-

⁽⁵²⁾ MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* cit., 527 e nota 20.

⁽⁵³⁾ CORNU, *Un code civil n'est pas un instrument communautaire*, in *Recueil Dalloz*, 2004, 28.

⁽⁵⁴⁾ Il linguaggio, secondo Habermas (J. HABERMAS, *Lavoro e interazione*, trad. it. di M.G. Meriggi, Milano, 1975), in quanto tradizione culturale, entra nell'agire comunicativo perché solo i significati costanti e validi intersoggettivamente, attinti dalla tradizione, consentono orientamenti alla reciprocità, cioè attese di comportamenti complementari.

⁽⁵⁵⁾ Come osservato da Lipari quando nota che l'opinione di una assoluta inconciliabilità dei due sistemi, fino a poco tempo fa ampiamente diffusa, parrebbe oramai superata nell'esperienza e nella consapevolezza dei giuristi di formazione anglosassone: N. LIPARI, *Conclusioni*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, cit., 89.

⁽⁵⁶⁾ LANDO, *Some features of the law of contract in the third millennium*, in *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori, l'integrazione europea e il processo civile*, materiali del seminario del 12 luglio 2002, raccolti da G. ALPA e R. DANOVÌ, in *Rassegna forense, Quaderni*, 11, Milano, 2003, 81.

⁽⁵⁷⁾ ZENO-ZENCOVICH, *The European civil code, European legal traditions and neo-positivism*, in *Il codice civile europeo* cit. 384.

gli *hands book*, al sistema delle decisioni giudiziarie valide anche oltre il singolo caso, allo stesso adattarsi degli inglesi a raccolte di regole e principi formulati in linea generale, com'è il caso del *charter of human rights* (58).

Del resto, nel cuore del diritto privato e cioè nella disciplina del contratto, si è osservato come le differenze sono, da un lato, meno significative avendo preso piede una graduale compenetrazione di concetti dei due sistemi, dall'altro, trasversali, visto che non seguono la linea di demarcazione tra i due sistemi osservandosi come taluni di *civil law* adottino soluzioni analoghe a quelle della legge inglese (59).

Infine, se le più significative esperienze di dialogo tra i due sistemi e cioè i PECL ed i Principi Unidroit hanno adottato una procedura, quella *restatements*, creata dal *common law*, il *restatement* non è molto diverso da un codice, consistente nel suo aspetto fondamentale nell'organizzazione sistematica delle regole (60).

Non mancano perplessità e resistenze all'idea di una codificazione dipendenti da una visione culturale e politica dell'Europa che privilegia la conservazione delle identità e pluralità nazionali.

Così, seppur il legame storico col modello di Stato-nazione non è coesistente all'idea di codice dato che viene in considerazione la sua funzione tecnica di organizzazione sistematica di principi e regole, idonea alla selezione degli interessi in conflitto (61), è pur vero che permane il significato generalmente attribuito alla codificazione nella tradizione europea di *civil law* nella quale il codice è espressione formale della nazionalità ed icona dell'unità politica.

Seppur l'occasione della celebrazione del bicentenario del codice civile francese poteva giustificare una sorta di esasperazione dei toni, solo qualche mese fa un giurista francese, nel difendere la sua idea dell'irrealità della costruzione di un codice europeo, equiparava una tale evenienza ad una spoliatura, ad un'usurpazione in violazione del patto di non ingerenza garantito ad ogni stato membro e, definendo l'area coperta dal codice civile una sfera di intimità, concludeva sull'impossibilità di dare vita ad una codificazione centralizzata, più utile prospettandosi la via delle armonizzazioni selettive (62).

(58) ZENO-ZENCOVICH, *The European civil code*, etc. cit. 382.

(59) ZENO-ZENCOVICH, *The European civil code*, etc. cit. 389 e nota 26 ove indicazione della dottrina.

(60) ZENO-ZENCOVICH, *The European civil code*, etc. cit. 390.

(61) MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* cit., 516.

(62) CORDU, *Un code civil n'est pas un instrument communautaire*, cit. loc. ult. cit.

Opinione presente anche nella nostra dottrina e che si esprime nel rilevare che la realtà europea è diversificata, l'Europa è multiculturale e questa diversità è una ricchezza che non va mortificata da una esigenza di uniformità la quale, in luogo di apparire indispensabile e necessaria, deve lasciare il posto ad un'armonizzazione, piuttosto che all'unificazione delle legislazioni (63).

La forte valenza politico culturale alla stregua di *deposito della tradizione giuridica nazionale* (64) correlata al codice, se contribuisce all'identificazione di una sorta di *genoma* nazionale, sembrerebbe, allora, porsi come ostacolo all'elaborazione di un codice europeo in un contesto comunitario nel quale l'art. 6, 3° comma, del Trattato sull'Unione europea, nel testo modificato dal Trattato di Amsterdam, proclama che l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi stati membri (65).

Non a caso il metodo di lavoro illustrato da Lando per l'elaborazione dei PECL (che, come si vedrà, possono costituire la base di un codice europeo), esclude la considerazione di un ordinamento particolare quale base dei Principi, tanto meno il codice civile italiano, ritenuto invece dal gruppo del prof. Gandolfi la migliore base per un codice europeo (66).

La constatazione che la pluralità culturale che innerva le diverse identità nazionali può rappresentare un ostacolo insuperabile alla realizzazione di un codice europeo, spinge, inevitabilmente, ad individuare aree di possibile incidenza della codificazione, tuttavia meno caratterizzate di altre da questo rapporto con la tradizione culturale; ambiti, cioè, quanto più possibile culturalmente neutri.

In questa prospettiva, l'area che forse più corrisponde a questa caratteristica è quella dei contratti e delle obbligazioni, quella stessa, peraltro, che proprio per questo motivo ha potuto costituire l'oggetto dell'elaborazione dei *Principles of International Commercial Contracts* pubblicati da *Unidroit* nel 1994 (67).

(63) È l'opinione di Perlingieri espressa nelle sue conclusioni nel seminario dell'8-9-novembre 2002: PERLINGIERI, *Conclusioni*, in *Diritto privato europeo, fonti ed effetti* cit., loc., cit. 374 e 375.

(64) MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* cit., 517.

(65) MENGONI, *L'Europa dei codici*, etc. cit. loc. cit. con riferimento all'art. F) del trattato di Maastricht 7.2.1992.

(66) LANDO, *Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo, Il codice civile europeo*, cit., 39 e 40.

(67) Così CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1995, I, 26 Dei principi *Unidroit* è stata pubblicata nell'aprile 2004 l'edizione 2004 contenente cinque nuovi capitoli su *Authority of Agents, Third Party Rights, Set-*

Si è detto (68) che un ostacolo potrebbe essere costituito anche dal principio di sussidiarietà secondo il quale, nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e lo possono essere meglio a livello comunitario; ma si è obiettato che l'unificazione legislativa, quanto meno nella materia contrattuale e delle obbligazioni, va per definizione ascritta ad obiettivo non raggiungibile dagli Stati membri (69). Anche questa soluzione, peraltro, richiederebbe una chiarificazione preliminare dell'ambiguità che caratterizza il principio di sussidiarietà, il quale può essere assunto nel significato correlato alla sua funzione di freno alle incursioni comunitarie nei settori oggetto di competenza concorrente, oppure in quello di principio strumentale per incentivare l'intervento della Comunità secondo parametri valutativi il cui apprezzamento spetta alla stessa Comunità (70).

Un ulteriore modo di esprimere la perplessità è quello di rilevare, poi, che una codificazione in sede europea apparirebbe in controtendenza rispetto al fenomeno, dai più osservato, della cd. *decodificazione* che troverebbe la sua giustificazione sociale nell'abbandono del modello del *monismo* giuridico, proprio della codificazione, inadatto ad un orizzonte post-moderno caratterizzato da complessità e molteplicità e perciò bisognoso di quella flessibilità ed immediatezza di risposta ai bisogni dei gruppi sociali che solo una legislazione frammentaria e periodica può garantire (71).

9. - Sullo sfondo delle differenti opinioni circa l'opportunità di una codificazione europea vi è chi ha colto (72) il segno ed il prodotto della contrapposizione tra opposti modelli normativi, quello di impronta indivi-

off. Assignment of Rights, Transfer of Obligations and Assignment of Contracts, Limitation Periods.

(68) Anche in questo caso da MENGONI, *L'Europa dei codici* etc. cit., 527.

(69) C. CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, cit. 26.

(70) Su queste due possibili interpretazioni del concetto, v. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel futuro della integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Jus*, 1994, 361.

(71) BASEDOW, *La codificazione del diritto privato nell'Unione europea*, etc. cit. 174 e 175 il quale riferisce delle opinioni di IRTI (*L'età della decodificazione*, Milano, 1979) e DE BECHILLON (*L'imaginaire d'un code*, in *Droits-Revue française de théorie, philosophie et cultures juridiques*, 27 (1988), 173, 174), sull'inidoneità di un codice a dare risposta ai bisogni di una moderna società.

(72) SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, in *Diritto privato europeo, fonti ed effetti*, cit. loc. cit. 45 segg.

dualistica proprio del diritto comunitario, liberista, fondato sull'idea dell'ordine spontaneo del mercato considerato un'istituzione neutrale e che, ponendo l'accento sulla tutela dei diritti economici lo fa a detrimento di quelli umani; l'altro di impronta solidaristica, proprio del diritto comune europeo, che adotta un sistema di controllo eteronomo sull'attività privata che valorizza il contesto economico e sociale in cui operano i consociati (73). Nella ripulsa dell'intervento dello Stato propria del modello liberista, sarebbe la giustificazione del rifiuto di ricorrere allo strumento del codice europeo ed in questa prospettiva il diritto comunitario è pensato in funzione di un'armonizzazione minima, il cui fulcro è la costruzione di un diritto dei cittadini-consumatori, unica ipotesi di unificazione autoritativa realisticamente attuabile con carattere neutrale; nel sostegno all'idea di un codice europeo si legge, al contrario, un modo di assecondare la costruzione di un modello solidaristico. Come solidaristica è la vena che connota i propositi di costruzione di un codice europeo concretizzatisi, sino ad ora, nella redazione dei *Principles of European contract law* di Ole Lando e del Progetto preliminare di Codice Europeo dei Contratti da parte dell'Accademia dei giusprivatisti europei di Giuseppe Gandolfi (74).

(73) SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo* cit., spec. 55 segg.

(74) SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo* cit., 57. Ad evidenziare la *cifra* che caratterizza i *Principles of European Contract Law* nella direzione solidaristica accennata nel testo, è sufficiente richiamare il ruolo della buona fede e dell'ampio potere di *manipolazione* del contenuto del contratto riconosciuto al giudice nel caso di squilibrio tra le prestazioni e quindi di sostanziale ingiustizia del regolamento. Un filo conduttore comune unifica, in questa prospettiva, le disposizioni: a) dell'art. 4:105, il cui 3° comma attribuisce al giudice, nel caso del medesimo errore in cui siano cadute le parti, di rettificare il contratto secondo i termini che avrebbero potuto essere ragionevolmente pattuiti se non vi fosse stato l'errore; b) dell'art. 4:109, in cui il 2° e 3° comma attribuiscono al giudice il potere di modificare il contratto quando esso sia caratterizzato da eccessivo guadagno e ingiusto profitto, in modo tale da renderlo consono a quello che avrebbe potuto essere concordato qualora fossero stati rispettati i principi della buona fede e della correttezza; c) dell'art.6:111, il cui 3° comma attribuisce ancora al giudice il potere di modificare il contratto affinché, nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, le perdite ed i profitti derivanti dal mutamento delle circostanze vengano distribuiti equamente tra le parti. Tutto ciò pare tributario di una logica completamente diversa da quella che innerva il principio della *sanctity of contract*, che invece sembrerebbe caratterizzare la disciplina codicistica italiana nella quale, secondo i più, non vi è posto per l'idea di giustizia contrattuale; non a caso la disciplina della rescissione, con i limiti, anche quantitativi, che prospetta al rilievo del fattore invalidante e che avrebbe dovuto costituire il test più significativo dell'applicazione del principio di solidarietà nei contratti, è stata ritenuta integrare un vero e proprio *statuto dell'approfittamento*: LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 56. Tanto vero che proprio sulla rescissione si scaricano le tensioni provocate dal tentativo di leggere in talune recenti norme di matri-

Le conclusioni variano, perciò, da una considerazione di un codice per l'Europa come alternativa non realistica ⁽⁷⁵⁾, all'idea di creare una specie di *diritto base* del diritto patrimoniale per gli stati europei, con l'esclusione di settori quali la famiglia, le successioni, i diritti reali, il diritto del lavoro, senza contemporaneo abbandono degli esistenti codici civili nazionali ⁽⁷⁶⁾; l'unico diritto privato europeo immaginabile realisticamente sarebbe, in questa direzione, quello delle obbligazioni, mentre le altre parti del diritto privato dovrebbero continuare ad essere regolate essenzialmente dai diritti nazionali, determinando una sorta di coesistenza di un codice europeo delle obbligazioni con i codici nazionali, deputati principalmente a disciplinare le materie della proprietà, delle successioni, della famiglia ⁽⁷⁷⁾, con ciò giustificando l'idea di chi reputa che la codificazione di un diritto privato europeo debba necessariamente dar vita ad un *ibrido*.

Del resto, la stessa Commissione europea nel suo piano d'azione del 12.2.2003 per una maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo ⁽⁷⁸⁾,

ce comunitaria modelli di tecnica di tutela della *giustizia materiale* del contratto utilizzabili in ambito più generale grazie anche all'impiego della regola del comportamento secondo buona fede. Tensioni che producono tentativi di scardinare, nella sostanza, la disciplina della rescissione, o accentuando un processo già in atto di perdita di sostanziale specificità dei requisiti dello stato di bisogno e di approfittamento (GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria della concorrenza*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1999, 67 segg, con influssi più risalenti rintracciabili in PASETTI, *Impresa dominante e rescissione*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, I,345), o affermando che anche quando la fattispecie rescissoria risultasse incompleta, non per questo non sarebbe possibile (nel caso, ad esempio, di lesione *infra dimidium*) ricorrere alla tutela accordata dall'art.1337 c.c. (SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, 355), o, persino, prospettando la tacita abrogazione della disciplina dell'azione generale di rescissione per lesione, a seguito della nuova normativa sull'usura (PROSPERI, *Il contratto di subfornitura* etc. cit. 373, e dubitativamente RICCIO, *Le conseguenze civili dei contratti usurari: è soppressa la rescissione per lesione ultra dimidium?*, in *Contratto e impresa*, 1998, 1027).

⁽⁷⁵⁾ MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* cit. loc. cit.

⁽⁷⁶⁾ VON BAR, *Il gruppo di studio su un codice civile europeo*, in *Il codice civile europeo*, cit. 7 segg. Sicché, secondo Castronovo, se proprio di codice si intende discutere, l'unica idea cui si può dare corso è quella di un codice europeo delle obbligazioni e dei contratti: CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, cit., 25.

⁽⁷⁷⁾ BASEDOW, *La codificazione del diritto privato nell'Unione europea: la creazione di un ibrido*, in *Il codice civile europeo*, cit., 185 segg.

⁽⁷⁸⁾ Piano d'azione della Commissione per una maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo COM (2003) 68 def. in *G.U.C.E.* C 63 del 15.3.2003, 1, di cui una sintesi ragionata è operata da GRIVA ZABERT, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: la Commissione appronta un piano d'azione*, in *Contratti*, 2003, 727 segg.

riservandosi un esame ulteriore sul se i problemi legati al diritto contrattuale europeo non richiedano soluzioni specifiche non settoriali, quali uno strumento opzionale, ipotizza un *corpus* di norme a livello comunitario limitato al diritto contrattuale che, da un lato, sia utilizzato solo per la conclusione di contratti transnazionali facilitando il commercio intracomunitario e, dall'altro e quanto alla forma, sia veicolato da un regolamento, il tutto con l'obbiettivo di una coesistenza delle disposizioni di diritto contrattuale valide per tutta l'Europa con i diritti contrattuali nazionali cui quel *corpus* non si sostituirebbe.

10. - Quanto al secondo ed al terzo quesito dianzi posti, essi si nutrono della constatazione che parrebbe inesistente, allo stato attuale, una fonte normativa legittimante l'intervento degli organi comunitari ai fini di una codificazione, tanto da far pensare che sia necessario costituzionalizzarne non solo i contenuti, ma anche forme e procedure ⁽⁷⁹⁾.

Taluno ⁽⁸⁰⁾ addita i referenti normativi per l'adozione di un codice negli artt. 94 e 95 del Trattato in materia di avvicinamento generale dei diritti nazionali, ciò sulla scorta di una nuova lettura dell'art. 65 del medesimo Trattato il quale consente l'armonizzazione del diritto internazionale privato sull'assunto che le differenze esistenti tra le legislazioni nazionali nel campo del conflitto delle leggi possano intaccare il mercato interno. Se questo è per quanto riguarda l'art. 65 cit., le differenze tra i diritti privati sostanziali degli stati membri - secondo questa opinione - devono ritenersi ancor più responsabili dell'ostacolo al corretto funzionamento del mercato; di qui la conclusione che sulla scorta dell'art. 95 cit. sarebbe consentita l'adozione di una normativa generale di diritto privato che tuttavia, proprio per la logica funzionale che ne condiziona ed all'un tempo ne giustifica l'adozione, non può non risultare contenutisticamente conformata dall'analisi dei settori nei quali sia ravvisabile un impatto del diritto privato sul funzionamento del mercato interno; il che induce a ricomprendere, in linea tendenziale, nel recinto della sua operatività, il diritto dei contratti e gli aspetti accessori relativi alle obbligazioni non derivanti da contratto, in particolare l'illecito civile e l'indebito arricchimento, ma ad escludere la materia dei diritti mobiliari e della proprietà, i rapporti di famiglia e le successioni, tutti ambiti rispetto ai quali è difficile ammettere un'incidenza sul funzionamento del mercato interno ⁽⁸¹⁾. Con l'effetto di giustifi-

⁽⁷⁹⁾ ZENO-ZENCOVICH, *Le basi costituzionali*, etc., cit., 30.

⁽⁸⁰⁾ BASEDOW, *La codificazione* etc. cit., in *Il codice civile europeo* cit. 183.

⁽⁸¹⁾ BASEDOW, op. cit., 184.

care, ancora a maggior ragione, quella coesistenza di diritti nazionali e di un diritto privato europeo cui prima si è fatto cenno.

Valutazioni, queste, che non trovano concorde chi, ad esempio, ha ampiamente ed efficacemente dimostrato come la base per una codificazione offerta dall'art. 95 cit. sia nella realtà troppo stretta, intanto perché la norma conferisce alla Comunità una competenza generale ad *armonizzare* e perciò a ravvicinare le legislazioni nazionali, non già ad *uniformare* cioè ad unificare, come sarebbe necessario volendo discutere di un codice di diritto privato europeo⁽⁸²⁾. Ed questo proposito va ricordata la distanza che corre tra le nozioni di *armonizzazione*, *uniformazione* ed *unificazione*; secondo la maggior parte degli autori, di *uniformazione* si può parlare quando vengono dettate norme sul versante multistatale, destinate ad operare nell'ordinamento interno con facoltà per il singolo Stato di interpretarle e riformarle; di *armonizzazione* quando, come nel caso delle direttive europee, vengono dettati principi che ogni Stato applica e realizza con la forma ed i mezzi più ritenuti opportuni; l'*unificazione* rappresentando, invece, il punto di approdo di un sistema nel quale le norme vengono emanate da un unico centro competente in via esclusiva e sono applicate ed interpretate da una struttura giurisdizionale unica⁽⁸³⁾. Inoltre, una competenza di tal fatta, non generale e condizionata - come si è visto - dalla logica funzionale che ne informa la ragione dell'attribuzione (realizzazione del mercato interno), si presenta altresì come derogabile, o meglio, come competenza destinata a recedere in presenza di superiori interessi nazionali; limite da riferire non solo a norme imperative, ma anche ai valori sociali fondanti l'identità nazionale⁽⁸⁴⁾, col rischio di generare, forzando l'ambito applicativo dell'art. 95 cit., il prodursi di tensioni tra ragioni del mercato e difesa di quei valori sociali.

Di qui la proposta di conferire quei valori in una dimensione comune risultante da un'ampia convergenza a livello europeo, nel qual caso la base giuridica può essere individuata, alla luce degli obiettivi indicati dall'art. 2 del Trattato dell'Unione che intende rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini, nell'istituzione di una cittadinanza dell'Unione⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸²⁾ MOCCIA, *La prospettiva della cittadinanza dell'Unione come base giuridica per una codificazione europea di diritto privato*, cit. 140 segg.

⁽⁸³⁾ MARRELLA, *La nuova Lex mercatoria, principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2003, XXX, 151-152.

⁽⁸⁴⁾ MOCCIA, *La prospettiva della cittadinanza*, etc. cit. 142-143.

⁽⁸⁵⁾ MOCCIA, *La prospettiva della cittadinanza*, etc. cit. 143.

11. - Il traguardo di una codificazione, seppur settoriale ed escludente taluni ambiti, potrebbe essere reso più facile assumendone come base i *Principles of European Contract Law* (PECL).

The Commission on European Contract law ha iniziato ad operare dal 1982 sotto la direzione di Ole Lando con lo scopo di elaborare dei *Principles of European Contract Law* (PECL) che, similmente a *the American Restatements*, sono integrati da commenti che esplicano il significato degli articoli. La parte I dei principi, dedicata a *Performance, non Performance and Remedies*, è stata pubblicata nel 1995⁽⁸⁶⁾; una nuova edizione che include una revisione della parte prima ed in aggiunta *the Formation, Validity, Interpretation and Contents of Contracts*, è stata pubblicata nel 1999⁽⁸⁷⁾.

L'obiettivo è quello di far sì che i *Principles* possano servire quale *first draft of a part of a European Civil Code* e, ancor prima, perché siano applicati come elemento costitutivo di una sorta di *lex mercatoria*⁽⁸⁸⁾.

Lando ha individuato nell'anno 2020 il traguardo ragionevole di una codificazione europea estesa all'intera *law of Contract, Torts, Restitution and Moveable Property* ed indicato, anche dopo quella data, un'area residua di applicabilità della *lex mercatoria* anche in funzione supplente, o correttiva, del codice nonché nell'area dei rapporti tra europei e non europei⁽⁸⁹⁾.

12. - Ma, come esattamente prospettato da Alpa, la soluzione non è dietro l'angolo ed è necessario procedere per gradi individuando i punti di convergenza, redigere un quadro dei principi entro cui collocare le regole speciali, pervenire alla redazione di un codice modello e solo alla fine pensare poi ad un codice unitario applicabile a tutti i paesi membri dell'Unione⁽⁹⁰⁾.

Questa è anche l'indicazione rilasciata dalla Comunicazione del 2003 al Parlamento europeo ed al Consiglio da parte della Commissione, relativa

⁽⁸⁶⁾ LANDO & BEALE (eds) *Principles of European Contract Law*, part. 1, *Performance, non-Performance and Remedies*, Dordrecht, 1995.

⁽⁸⁷⁾ LANDO & BEALE (eds) *Principles of European Contract Law, parts. I & II*, The Ague, 1999.

⁽⁸⁸⁾ LANDO, *Some features of the law of contract in the third millennium*, in *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori, l'integrazione europea e il processo civile*, materiali del seminario del 12 luglio 2002, raccolti da G. ALPA e R. DANNOVI, in *Rassegna forense*, QUADERNI, 11, Milano, 2003, 94.

⁽⁸⁹⁾ LANDO, *Some features of the law etc.* cit., 152-153.

⁽⁹⁰⁾ ALPA, *Diritto privato europeo etc.* cit., 26 e 27.

al citato piano di azione per una maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo; ivi infatti si suggerisce una combinazione di misure normative e non normative e tra queste viene, per prima cosa, ritenuto fondamentale il miglioramento della qualità dell'*acquis* comunitario in materia di diritto contrattuale⁽⁹¹⁾; ciò, tramite la realizzazione di un quadro comune di riferimento che stabilisca principi ed una terminologia comuni⁽⁹²⁾ che potrà anche essere utilizzato come riferimento dai legislatori nazionali nell'Unione. Esso dovrebbe trattare le figure del diritto contrattuale suscettibili di rilevanza transfrontaliera, come la compravendita ed i contratti di prestazione di servizi, contenere le regole generali sulla conclusione, validità ed interpretazione dei contratti, in materia di adempimento, inadempimento e rimedi, regole concernenti le garanzie del credito relativamente ai beni mobili e la normativa sull'arricchimento senza causa. Avverte, infine la Commissione che le fonti da prendere in considerazione allo scopo dovrebbero essere gli ordinamenti giuridici nazionali vigenti, al fine di trovare eventuali denominatori comuni, sviluppare principi comuni ed identificare le soluzioni ottimali, tenendo altresì conto della giurisprudenza dei tribunali nazionali e delle prassi contrattuali consolidate.

In un secondo momento, occorrerebbe promuovere l'elaborazione di clausole contrattuali *standard* valide in tutta l'Unione e solo sullo sfondo si situa la riflessione sull'adottabilità di uno strumento opzionale per l'elaborazione di un *corpus* di regole adatte ai contratti transfrontalieri.

La soluzione non è perciò di breve respiro e la codificazione può apparire come una possibile fantasia; ma, come rilevato da Lando, nel campo dell'integrazione europea talune fantasie sono già divenute realtà⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo cit., punto 4.1, §§ 55 a 58. Alpa (ALPA, *Diritto privato europeo*, etc. cit. 27) ha avvertito, peraltro, della pluralità di accezioni in cui può essere intesa l'espressione, nel senso di nozione a contenuto variabile in cui rientrano i valori essenziali e le esigenze fondative della Comunità, in altre parole il suo patrimonio *genetico*, ovvero come accezione non formale che rimanda piuttosto alla realizzazione delle regole fondamentali e dei principi nella vita degli organi comunitari. Schulze (SCHULZE, *Il nuovo diritto europeo* etc. cit., 67-68), nel contrapporre l'*acquis* al *Restatement*, individua la caratteristica delle ricerche di questo secondo tipo nell'obiettivo di evidenziare, nella comparazione tra diversi ordinamenti giuridici nazionali, eventuali denominatori comuni per definire principi comuni e, se del caso, individuare le soluzioni migliori, e nelle ricerche *acquis* quelle che analizzano la produzione comunitaria per enucleare i principi giuridici che ne sono alla base; indirizzo, questo, seguito dall'*acquis group* europeo.

⁽⁹²⁾ Comunicazione cit. punto 4.1.1.

⁽⁹³⁾ LANDO, *Some features of the law of contract* etc. cit., 152.

La funzione limitativa della buona fede nel diritto civile italiano

Verso la fine del 2003 è apparsa l'opera in quattro volumi «*Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*», contenente gli scritti in onore di Alberto Burdese.

Si tratta di oltre 2200 pagine dedicate allo studio della buona fede in senso oggettivo: a mio modo di vedere un vero e proprio record mondiale!

Si tratta di una miniera di dati ed informazioni, per la gioia del ricercatore interessato alla buona fede. In questo *mare magnum* sono andato alla ricerca di eventuali applicazioni della funzione limitativa della buona fede in senso oggettivo nel diritto privato italiano; dove per funzione limitativa si intendono applicazioni volte «ad escludere la possibilità di esercitare un diritto contrattuale, ove ciò si porrebbe in contrasto con le regole di correttezza fondate sulla buona fede in senso oggettivo» (cfr., *Cel/Europa*, 2002, 768).

A volte in luogo dell'espressione «funzione limitativa» vengono impiegate le espressioni «ruolo correttivo» o «ruolo derogatorio» della buona fede. Nel prosieguo dell'esposizione si utilizzerà comunque l'espressione «funzione limitativa».

Della funzione limitativa della buona fede in senso oggettivo si occupa in primo luogo Guido Alpa, vol. I, pp. 168-169, dove troviamo scritto che: «Il giudice può perfino correggere il contratto se iniquo». La sottolineatura è sua. Continua Alpa: «L'intervento correttivo del giudice è più frequentemente consentito nei contratti di durata». L'autore si riferisce in particolare a sentenze pronunciate verso la fine del XIX secolo; ben prima quindi dell'entrata in vigore del codice del 1942.

Nel secondo volume si trova uno scritto di Paolo Gallo, il quale a pag. 183 considera che: «In base alla teoria dell'inesigibilità della prestazione secondo buona fede si è (...) cercato di mitigare la nozione tecnica di impossibilità (...)».

Nel volume terzo si legge uno scritto di Sebastiano Tafaro in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta, dove l'autore a pag. 603 considera che: «In altre parole si impone di per sé la revisione del contratto, in rispetto della buona fede oggettiva, quando il verificarsi di uno squilibrio